

Vrij Gesteld

98.

Het Hof van Justitie en de Belgische *Antigoon*-leer: drie redenen om minder enthousiast te zijn

I. WebMindLicences: talk of the town

Rond de jaarwisseling leek het arrest van het Hof van Justitie van 17 december 2015 in de Hongaarse zaak *WebMind-Licences* [1] het gespreksonderwerp voor eenieder die zich met fiscale procedure bezig houdt.

Het arrest zou de gevreesde *Antigoon*-rechtspraak in fiscale zaken (Cass. 22 mei 2015) *de facto* lamleggen [2], en een ware contrareformatie betekenen [3]. Het arrest wordt met andere woorden als een heus mijlpaalarrest beschouwd, waarvan de draagwijdte moeilijk zou kunnen worden onderschat [4].

Wat dat laatste betreft wil ik toch een poging doen. En wel om drie redenen.

Vooraf even kort waar de zaak *WebMindLicences* om wordt geroemd. Aan de orde was een btw-vordering. Deze was gesteund op bewijsmateriaal dat was verkregen uit een (nog niet afgesloten) strafonderzoek. Hierbij waren telefoongesprekken afgeluisterd en e-mails in beslag genomen. De verwijzende rechter vroeg zich af [5] of het grondrecht gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest (recht op doeltreffende voorziening in rechte voor eenieder wiens door de EU gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden) impliceert dat de rechterlijke instantie waarbij beroep is ingesteld tegen de btw-vordering, moet kunnen controleren of de bewijzen in de strafprocedure op wettige wijze zijn verkregen, dit wanneer de belastingplichtige in de strafprocedure geen kennis heeft kunnen krijgen van dit bewijsmateriaal en niet de mogelijkheid heeft gehad de wettigheid van de bewijsverkrijging te betwisten voor de (straf)rechter. Het Hof van Justitie oordeelt hierover dat het in artikel 47 Handvest gewaarborgde grondrecht inhoudt dat, wanneer de strafrechter *niet zelf* heeft kunnen oordelen of de bewijsverkrijging met respect voor de grondrechten is gebeurd, de fiscale rechter dit moet kunnen doen [6]. Tot daar eigenlijk geen grote verrassing: het recht op een doeltreffende voorziening in rechte houdt in dat een rechter altijd moet kunnen oordelen over een eventuele schending van de grondrechten bij bewijsverkrijging: zo niet de strafrechter, dan wel minstens de fiscale rechter. Al rijst hier wel de vraag hoe de fiscale rechter hierbij moet tewerk gaan. Het lijkt voor de hand te liggen dat de fiscale rechter dan het volledige strafdossier moet krijgen waaruit de werkwijze bij de bewijsgaring blijkt.

In het kader van de Belgische *Antigoon*-rechtspraak is de uitspraak interessant waar de verwijzende rechter bovendien vraagt of het recht op een doeltreffende voorziening in rechte vereist dat, wanneer er een proceduregebrek wordt vastgesteld dat een schending uitmaakt van een grondrecht, de beslissing die door dit proceduregebrek is aangetast wordt nietig verklaard ongeacht de gevolgen van de schending. En dus niet, zoals blijkt het geval was in het Hongaars recht, dat "het proceduregebrek slechts grond is tot nietigverklaring van de erdoor aangetaste beslissing indien deze beslissing zonder dat gebrek anders had kunnen luiden en indien erdoor afbreuk wordt gedaan aan de rechtstoestand van de verzoeker" [7]. Over deze vraag oordeelt het Hof van Justitie dat in geval van schending van een door het Unierecht gewaarborgd recht, "de bewijzen die in de strafprocedure zijn verkregen en in de bestuurlijke fiscale procedure zijn gebruikt, buiten beschouwing moeten worden gelaten en de

aangevochten beslissing die op deze bewijzen steunt, nietig moet worden verklaard indien zij als gevolg daarvan grondslag mist" [\[8\]](#) .

II. En wat met de rechtspraak van het EHRM?

Een eerste reden tot matiging van het enthousiasme dat zou kunnen opborrelen bij het lezen van de laatste zin, is het feit dat het Handvest slechts toepassing vindt in situaties die door het Unierecht worden beheerst [\[9\]](#) . Dit laatste moet weliswaar ruim worden geïnterpreteerd. Een nationale regeling inzake het opleggen van belastingboeten en strafvervolgning wordt immers ook beschouwd als een regeling waarin het Unierecht ten uitvoer wordt gelegd wanneer deze regeling verbonden is aan de naleving van de btw-richtlijn [\[10\]](#) . Los hiervan kan een nationale regeling die niet binnen het kader van het Unierecht valt, niet aan het Handvest worden getoetst [\[11\]](#) . Een toetsing aan het Handvest zal dus in principe niet mogelijk zijn bij bijvoorbeeld bewijsgaring middels een fiscale visitatie op basis van het WIB 1992.

Doorgaans is deze vaststelling van weinig belang nu vele grondrechten gewaarborgd door de Unie, *corresponderen* met een grondrecht uit het EVRM. Het EVRM kan worden ingeroepen ten aanzien van elk overheidsoptreden, dus ook in zaken van bewijsgaring in het kader van bijvoorbeeld de inkomstenbelastingen, waar overigens hoofdzakelijk het artikel 8 EVRM aan de orde is (recht op privéleven). Wanneer een grondrecht in het Handvest correspondeert met een grondrecht uit het EVRM moet, op grond van artikel 52 lid 3 van het Handvest, aan dit grondrecht dezelfde inhoud en reikwijdte worden toegekend als het EVRM. Zo bijvoorbeeld corresponderen de in artikel 7 van het Handvest gewaarborgde rechten met deze in artikel 8 van het EVRM. Dit staat uitdrukkelijk in de *toelichting* bij het Handvest [\[12\]](#) . Probleem is nu dat artikel 47 van het Handvest NIET correspondeert met een grondrecht van het EVRM. In de *toelichting* bij het Handvest wordt gesteld dat artikel 47 lid 1 Handvest weliswaar gebaseerd is op artikel 13 EVRM, maar ruimer is [\[13\]](#) . Het Hof van Justitie kan dus in alle vrijheid een ruimere invulling geven aan artikel 47 Handvest. Artikel 13 EVRM voorziet overigens enkel in een "daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie" (niet noodzakelijk een rechtscollège), en dus niet in een "doeltreffende voorziening *in rechte*". Het grondrecht van artikel 13 EVRM voorziet ook niet hoe aan de schending van het grondrecht moet geredigeerd worden. Het EHRM laat ter zake aan de lidstaten een ruime appreciatiebevoegdheid [\[14\]](#) . Het inroepen van artikel 13 EVRM in de hoop hiermee bewijsuitsluiting te bekomen van informatie die met schending van een grondrecht is bekomen, lijkt dus problematisch.

Komt daarbij dat het EHRM reeds meermaals heeft geoordeeld dat het aanvaarden van bewijsmateriaal dat met schending van een grondrecht is bekomen, niet noodzakelijk een schending uitmaakt van het recht op eerlijk proces [\[15\]](#) . Volgens het EHRM bevat het EVRM geen voorschriften betreffende de toelaatbaarheid van het bewijs, zodat een nationale regeling die onrechtmatig verkregen bewijs niet in alle gevallen uitsluit, tot de bevoegdheid wordt gerekend van de lidstaten waarmee het EHRM zich niet inlaat [\[16\]](#) . Het EHRM kijkt in het kader van artikel 6 EVRM enkel na of – wanneer onrechtmatig verkregen bewijs werd toegelaten – de procesvoering *in zijn geheel genomen* eerlijk is verlopen. Hierbij zal het EHRM onder meer belang hechten aan de mogelijkheid om de authenticiteit van het (onrechtmatig verkregen) bewijs op tegenspraak te kunnen aanvechten.

Eenieder die is aangewezen op het EVRM om zich te verweren tegen het gebruiken van bewijs dat met schending van diens grondrechten is verkregen, is er dus wellicht aan voor de moeite, tenzij hij kan aantonen dat het proces in zijn totaliteit oneerlijk is verlopen. Dit laatste

zal dan bovendien enkel gevolgen hebben voor de fiscale vordering die niet louter de vaststelling van de belastingschuld betreft [17], zoals bijvoorbeeld de sancties die als penaal kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 6 EVRM.

III. Mensenrechten schenden is geen behoorlijk bestuur

Deze onderscheiden behandeling van het lot van onrechtmatig verkregen bewijs naargelang dit is verkregen in het kader van aan de Unie gerelateerde belastingen of niet, hoeft evenwel naar Belgisch recht in het geheel geen probleem te vormen.

Een tweede element dat immers schijnbaar niet wordt meegenomen in de beoordeling van de waarde van het arrest *Web-MindLicences*, is het onderscheid tussen de recente *Antigoon*-rechtspraak in fiscale zaken (Cass. 22 mei 2015) en de *Antigoon*-leer in strafzaken.

In het arrest van het Hof van Cassatie van 22 mei 2015, stelt het Hof uitdrukkelijk dat de rechter het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs ook [18] moet toetsen aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Het moet weliswaar gaan over een "stevige" schending van de beginselen van behoorlijk bestuur. Het Hof van Cassatie zegt immers dat "bewijsmiddelen moeten worden geweerd wanneer zij zijn verkregen op een wijze die *zozeer indruist* tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht dat het gebruik onder *alle omstandigheden* als ontoelaatbaar moet worden geacht".

Het criterium van het behoorlijk bestuur wordt niet gehanteerd in de *Antigoon*-rechtspraak van het Hof van Cassatie in strafzaken en ook niet in artikel 32 VTSv., waarbij deze rechtspraak wettelijk werd verankerd [19].

Welnu, is het niet evident dat bewijsgaring die is gebeurd in strijd met een grondrecht moet worden beschouwd als overheidshandelen dat in alle omstandigheden in strijd is met wat van een behoorlijk bestuur mag worden verwacht [20]? Als we aannemen dat dit zo is, dan schrijft het Belgische Hof van Cassatie voor dat de bewijzen die in strijd met grondrechten zijn tot stand gekomen buiten toepassing moeten worden gelaten. Belastingplichtigen die geconfronteerd worden met bewijsgaring waarbij de fiscus de grondrechten schendt kunnen dan naar Belgisch recht reeds genoegdoening bekomen. De aanwezigheid van een aanknopingspunt met het Unierecht, is dan irrelevant.

Het ware niet slecht dat de wetgever, wanneer het voornemen wordt doorgezet om de *Antigoon*-criteria ook in fiscale zaken wettelijk te verankeren, de schending van grondrechten uitdrukkelijk zou kwalificeren als bewijsgaring die in alle omstandigheden onbehoorlijk bestuur vormt, zodat daarover al minstens geen discussie bestaat. Een onderscheiden behandeling van bewijsgaring die aan het Unierecht kan worden gelinkt of niet, wordt dan bovendien vermeden.

IV. Nog een ruim speelveld voor *Antigoon*

Aangenomen dat bewijsgaring door de fiscale administratie met schending van grondrechten steeds leidt tot uitsluiting van het aldus bekomen bewijs, verplaatst de discussie zich naar de vraag wanneer er sprake is van een schending van een grondrecht.

Het ganse *Antigoon*-verhaal is gebaseerd op de maatschappelijke overtuiging dat het niet tolereerbaar is dat "procedure-fouten" aanleiding geven tot vrijspraak, en in fiscale context,

tot *de facto* vrijstelling van belasting. *Antigoon* gaat dus in wezen en in hoofdzaak over onrechtmatig verkregen bewijs ten gevolge van wetsschendingen bij het stellen van onderzoeksdaaden die tot het bewijs hebben geleid [21]. Welnu, een laatste punt dat het enthousiasme over het arrest *WebMindLicences* tempert, is het feit dat het m.i. een misvatting is om aan te nemen dat elke wetsovertreding bij een onderzoeksmaatregel ook meteen een schending van het recht op privéleven zou vormen, aangenomen dat het recht op privéleven het grondrecht is dat veelal onder druk komt te staan bij onderzoeksmaatregelen. Met andere woorden: als we mogen aannemen dat een wetsschending die als een schending van een grondrecht moet worden beschouwd, altijd leidt tot bewijsuitsluiting, blijven er nog een resem wetsschendingen over waarbij *Antigoon* voluit speelt, omdat er geen sprake is van een schending van een grondrecht. *Antigoon* is dus niet buiten spel gezet.


Vooreerst kan er slechts sprake zijn van een onderzoeksmaatregel waarbij het recht op privéleven is geschonden, wanneer die onderzoeksmaatregel überhaupt als privacy--relevant, of met andere woorden als een *inmenging* in het privéleven kan worden beschouwd [22]. Dit is niet steeds het geval. Nu een onderzoeksmaatregel gesteld ten aanzien van een natuurlijke persoon reeds snel als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, is dit niet zo voor rechtspersonen. Rechtspersonen genieten weliswaar rechtsbescherming onder artikel 8 EVRM voor wat betreft hun beroeps-lokale [23] en correspondentie [24], maar vooralsnog wordt niet erkend dat rechtspersonen ook een eigen privéleven hebben [25]. Vele onderzoeksmaatregelen ten aanzien van rechtspersonen zullen dus niet eens als een inmenging in het privéleven kunnen worden beschouwd, laat staan dat er sprake zou kunnen zijn van een schending van het privéleven. Rechtspersonen zullen dus in vele gevallen weinig plezier beleven aan een regel van gegarandeerde uitsluiting van bewijs dat in strijd met grondrechten is verkregen.


Eens is uitgemaakt of een onderzoeksmaatregel wel als een inmenging in het privéleven kan worden beschouwd, zal vervolgens moeten worden onderzocht of de inmenging toegelaten is, of met andere woorden of er sprake is van een schending van het recht op privéleven. Een inmenging in het privéleven door de overheid is verboden wanneer er (1) geen wettelijke basis is voor de inmenging, of indien (2) de inmenging geen legitiem doel dient (het verzamelen van informatie voor belastingdoeleinden is wel een legitiem doel); of (3) indien de inmenging niet evenredig is met het legitiem doel [26].


Wat betreft de legaliteitsvereiste, kan een wetsschending, die er in bestaat dat bijvoorbeeld bancaire gegevens werden opgevraagd in het buitenland over een natuurlijke persoon [27] door een afdeling van de fiscale administratie die niet als de bevoegde autoriteit werd aangewezen, niet over de zelfde kam worden geschoren als een wetsschending die erin bestaat dat een fiscale huisvisitatie is gebeurd zonder voorafgaande rechterlijke machtiging. Ook wanneer de onderzoeksmaatregel als een inmenging in het privéleven moet worden beschouwd, lijken er dus nog een reeks wetsschendingen voorhanden die niet leiden tot een schending van het privéleven. *Antigoon* speelt ook dan ten volle.


Kortom, de rol van *Antigoon* lijkt nog niet uitgespeeld.


Sylvie De Raedt [28]

[1] HvJ 17 december 2015, C-419/14, *WebMindLicences KfT*, TFR 2016, nr. 499, p. 342. 


[2] S. Gnedasj, "Hof van Justitie oordeelt over naleving grondrechten bij bewijsgaring en -gebruik", *Fisc.Act.* 2016, nr. 6, p. 4-10. 


[3] Ph. De Vos en D. Verbeke, "Beperkt het Handvest van de grondrechten van de EU de toepassing van de Antigoon-doctrine in fiscalibus?", TFR 2016, nr. 499, p. 356 (noot bij HvJ 17 december 2015). 


[4] S. Gnedasj, "Hof van Justitie zet Antigoon buitenspel", *Fisc.Act.* 2016, nr. 3, p.1-5 en Ph. De Vos en D. Verbeke, "Beperkt het Handvest van de grondrechten van de EU de toepassing van de Antigoon-doctrine in fiscalibus?", TFR 2016, nr. 499, p. 356 (noot bij HvJ 17 december 2015), die zich bij deze conclusie aansluiten. 


[5] HvJ 17 december 2015, C-419/14, *WebMindLicences KfT*, randnr. 64. 


[6] HvJ 17 december 2015, C-419/14, *WebMindLicences KfT*, randnrs. 87-88. 


[7] HvJ 17 december 2015, C-419/14, *WebMindLicences KfT*, randnr. 64. 


[8] HvJ 17 december 2015, C-419/14, *WebMindLicences KfT*, randnr. 89. 


[9] Art. 51 van het Handvest: "De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, *uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten (...)*." (eigen benadrukking). 


[10] HvJ 26 februari 2013, C-617/10, *Akerberg Fransson*. 

[11] Zie bv. HvJ 1 maart 2011, C-457/09, *Chartry*, overw. 25 (Belgische zaak over de al dan niet terugwerkende kracht van art. 49 van de programmawet van 9 juli 2004 (BS 15 juli 2004) op grond waarvan een dwangbevel moet worden geïnterpreteerd als een verjaringsstuitende handeling in de zin van art. 2244 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek, zelfs indien de belastingschuld wordt betwist) en HvJ 22 september 2011, C-538/10, *Lebrun* (eveneens een Belgische zaak over een gemeentelijk belastingreglement). Dit betekent niet dat bij de bewijsgaring van informatie in het kader van een "niet-Europese" belasting, zoals bv. de inkomstenbelastingen, de toetsing aan het Handvest in alle omstandigheden onmogelijk zou zijn. Bewijsgaring in het kader van internationale uitwisseling die gebaseerd is op Europese richtlijnen, zal bv. wel aan het Handvest kunnen worden getoetst. 


[12] *Pb.* 14 december 2007, C-303/29. 


[13] *Pb.* 14 december 2007, C-303/29. 


[14] M. Cromheecke en V. Staelens, "Art. 13. Recht op daadwerkelijk rechtshulp" in J. Vandelanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM*, Deel 2, Intersentia, 2004, 102. 


[15] EHRM 12 mei 2000, *Khan / VK*; EHRM 25 september 2001, *P.H. en J.H. / VK*; EHRM 5 november 2002, *Allan / VK*. 


[16] Zie bv. EHRM 12 juli 1988, *Schenk / Zwitserland*; EHRM 12 mei 2000, *Khan / VK*; EHRM 5 november 2002, *Allan / VK*; EHRM 28 juli 2009, *Lee Davies / België*. 

[17] EHRM 12 juli 2001, *Ferrazzini / Italië*, TFR 2001, nr. 211, p. 1098. 

[18] Het onrechtmatig verkregen bewijs moet ook worden getoetst aan het criterium van het eerlijk proces. 


[19] Het criterium van de beginselen van behoorlijk bestuur wordt ook niet gehanteerd in het arrest van het Hof van Cassatie van 10 maart 2008 waarin de *Antigoon*-criteria voor het eerst werden toegepast op de bewijsgaring in het kader van een socialezekerheids geschil. Dit is logisch vermits de onregelmatigheid niet werd begaan door de bestuurlijke overheid die de vordering stelde (met name de RVA) maar wel door de politiediensten die zonder machtiging van het Openbaar Ministerie een proces-verbaal hadden overgemaakt aan de RVA. 


[20] Vermits in strafzaken de bewijsgaring niet aan de beginselen van behoorlijk bestuur moet worden getoetst, is bewijsgaring in strafzaken waarbij het recht op privacy werd geschonden soms wel toelaatbaar: Cass. 23 maart 2004; Cass. 16 november 2004. 

[21] Ook de schending van een algemeen rechtsbeginsel bij de verkrijging van bewijzen zorgt ervoor dat het bewijs onrechtmatig verkregen is (Cass. 13 mei 1986). 


[22] Art. 8 lid 1 EVRM. 

[23] EHRM 16 april 2002, *Stes Colas Est / Frankrijk*. 

[24] Bv. EHRM 16 oktober 2007, *Wieser and Bicos Beteiligungen / Oostenrijk*. 

[25] EHRM 28 juni 2007, *Association for European Integration and Human Rights en Ekimdzhev / Bulgarije*, waarin het EHRM stelt dat eraan kan worden getwijfeld of een rechtspersoon wel een privéleven kan hebben in de zin van art. 8 EVRM. 

[26] Art. 8 lid 2 EVRM. 

[27] Het doorgeven van bancaire informatie over een natuurlijke persoon is een inmenging in het privéleven (EHRM 22 december 2015, *G.S.B. / Zwitserland*). 

[28] Assistent UGent, instituut belastingrecht en advocaat. 